

Das Ende eines alten Hafenmonopols: Die Entscheidung des EuGH
Merci convenzionali porto di Genova SpA gegen
Siderurgica Gabrielli SpA

I. Einführung

Wie kaum ein anderer Wirtschaftszweig sieht sich die internationale Schifffahrt mit staatlichen und mit privaten Dienstleistungsmonopolen und Kartellen konfrontiert. Die jüngste Diskussion um die Tarifstruktur der Hamburger und Bremerhavener Lotsenbrüderschaft, das erstmalig durch die niederländische Konkurrenz herausgeforderte Schleppermonopol im Hamburger Hafen oder aber das nach wie vor bestehende Lösch- und Umschlagsmonopol der Bremer Lagerhausgesellschaft (BLG) in den bremischen Seehäfen sind, um nur einige zu nennen, Beispiele für eine antiquierte jedoch von der lokalen Politik oftmals unterstützte Praxis, über die die wirtschaftliche Entwicklung zum Nachteil der das Monopol ausübenden Parteien und damit auch der mit diesem Wirtschaftszweig verbundenen Arbeitsplätze früher oder später hinweggehen wird. Im zunehmend härter werdenden internationalen Wettbewerb, dem sich Seeschifffahrt und Häfen ausgesetzt sehen, sind solche sicherlich für die Beteiligten bequemen, aber betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigten Zustände langfristig gegen den Wettbewerb und weltweiten Liberalisierungstendenzen schlechterdings nicht zu halten. Deshalb ist die Entscheidung des EuGH vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache *Merci convenzionali porto di Genova SpA gegen Siderurgica Gabrielli SpA*¹ von enormer praktischer Relevanz. Vordergründig geht es um den Hafen von Genua, indes rührt sie mitten in das Wettbewerbsrecht der EU aber auch in die Befindlichkeiten lokaler und nationaler Interessengruppen, die sich durch monopolartige Strukturen bislang weitgehend dem europäischen Wettbewerb entziehen konnten und sich eben diesem Wettbewerb nunmehr stellen müssen.

Artikel 110 des italienischen Schifffahrtsgesetzbuches bestimmt, daß alle in den italienischen Häfen auszuführenden Hafenarbeiten sog. Hafenbetriebsgesellschaften (*compagnia portuale*) vorbehalten sind, deren Mitglieder neben einer Reihe von Voraussetzungen auch den Besitz der italienischen Staatsangehörigkeit haben müssen. Gemäß Art. 111 des italienischen Schifffahrtsgesetzbuches ist die Organisation von Hafenarbeiten für Rechnung Dritter in den italienischen Häfen den sog. Hafenunternehmen (*impresa portuale*) übertragen. Hierbei handelt es sich in der Regel um privatwirtschaftliche Unternehmungen, die sich vollständig oder mehrheitlich im Besitz der öffentlich-rechtlichen Hafenbehörden befinden. Diese Hafenunternehmen greifen ausschließlich auf die oben genannten Hafenbetriebsgesellschaften und die ihnen angeschlossenen italienischen Hafenarbeiter zurück. So ist sichergestellt, daß Hafenarbeiten in italienischen Häfen ausschließlich über die Hafenbetriebsgesellschaften durchgeführt und dem entsprechenden Tarif- und Abrechnungssystem unterworfen werden. Die Monopolstellung der Hafenbetriebsgesellschaften für Hafenarbeiten - also im wesentlichen das Ein- und Ausladen, der Umschlag und die Lagerung von Waren und anderen Gütern sowie allgemein der Verkehr dieser Waren und Güter inklusive hafentypischer Dienstleistungen - wird ferner dadurch abgesichert, daß gemäß Art. 1172 des italienischen Schifffahrtsgesetzbuches Privatunternehmen, die keiner Hafenbetriebsgesellschaft angeschlossen sind, strafrechtliche Sanktionen angedroht werden. Die heute im Mittelpunkt des Interesses stehende Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Merci convenzionali porto di Genova SpA gegen Siderurgica*

¹ EuGH Rs. C-179/90, Slg. 1991, S. I-5889.

*Gabrielli SpA*² betrifft den Hafen von Genua. Dort hatte eben die Firma Siderurgica Gabrielli SpA versucht, eine Partie Stahl mit der Besatzung des Transportschiffes zu löschen, d.h. mit eigenem Bordgeschirr unter Ausschluß der Hafenbetriebsgesellschaft zu entladen. Das wurde aber von der für den Hafen von Genua zuständigen Hafenbetriebsgesellschaft *Merci convenzionali porto di Genova SpA* erfolgreich verhindert, obwohl die Hafenbetriebsgesellschaft aufgrund von Streiks ihrer Firmen-angehörigen selbst nicht in der Lage war, die betroffene Partie Stahl zu löschen. Im Ausgangsverfahren verklagte deshalb Siderurgica Gabrielli SpA die Hafenbetriebsgesellschaft auf Ersatz des ihr entstandenen Schadens.

Interessanterweise ist ein vergleichbarer Sachverhalt auch in der Bundesrepublik Deutschland im Bundesland Bremen anzutreffen. Der dortige Hafen Bremerhaven ist einer der größten Seehäfen in Europa und besteht neben dem sog. Fischereihafen auch aus den sog. Überseehäfen. Freilich ist der gebietsrechtliche Status beider Häfen nicht einheitlich. Während der Fischereihafen gebietsrechtlich dem Land Bremen zugeordnet ist, sind die Überseehäfen stadtbremisches Gebiet. Dies ist eine Besonderheit Bremens, die sonst in deutschen Seehäfen nicht besteht. Diese uneinheitliche Zuordnung der Seehäfen im Lande Bremen führt zu einer Gemengelage zwischen öffentlich- rechtlichen Normen und privatrechtlichen Regelungen, die insbesondere im Fischereihafen deutlich werden. Zum einen unterliegen die Seehäfen ganz allgemein der Bremischen Hafenordnung vom 18. November 1966 in der Fassung vom 22. Dezember 1988³, die in § 21 auch eine spezielle Vorschrift für den Fischumschlag enthält. Danach dürfen etwa Fischereifahrzeuge im Fischereihafen Bremerhaven und im Überseehafen Bremerhaven nur an den für den Fischumschlag bestimmten Hafenanlagen anlanden. Zum anderen wird der Fischumschlag über die Allgemeinen Nutzungs- und Geschäftsbedingungen⁴ der Fischereihafen-Betriebs- und Entwicklungsgesellschaft mbH (FBEG) Bremerhaven geregelt. Bei dieser Gesellschaft handelt es sich um eine in privatrechtlicher Rechtsform betriebene Hafenverwaltungs- und Betriebsgesellschaft, die sich mehrheitlich im Besitz der Freien Hansestadt Bremen befindet und die ihre Rechte über das Fischereihafengebiet aus einem sog. Betriebsüberlassungsvertrag ableitet. Dieser Vertrag vom 23. April/3. Mai 1971 ist zwischen der Freien Hansestadt Bremen vertreten durch den Senator für Häfen, Schifffahrt und Verkehr einerseits und der FBEG andererseits abgeschlossen worden⁵.

Danach überträgt die Freie Hansestadt Bremen in § 1 des Vertrages die gesamte Verwaltung und Benutzung des Fischereihafens sowie dessen Betrieb und die Unterhaltung der dort befindlichen fischwirtschaftlichen Landanlagen - mit Ausnahme der Kaimauern, Hafenbecken und Schleusenanlagen - auf die FBEG. Ferner steht gemäß § 1 Abs. 4 des Vertrages der FBEG das alleinige Recht des Umschlagens (Löschen und Laden), der Versteigerung, Zuteilung oder sonstigen Verkaufsvermittlung der im Fischereihafen und im Handelshafen Bremerhaven auf dem Wasser- oder Landwege angebrachten Fische, sonstigen Meeresprodukte und der daraus hergestellten Erzeugnisse zu.

Im Gegenzug ist die FBEG gemäß § 2 des Vertrages verpflichtet, die Verwaltung und den Betrieb der ihr überlassenen Anlagen in einer den öffentlichen Verkehrsinteressen entsprechenden Weise zu führen und die ihr überlassenen Anlagen ordnungsgemäß zu unterhalten. Hierfür trägt die FBEG die Kosten. Ferner übernimmt die FBEG gemäß § 5 des Vertrages die Kosten der laufenden Verwaltung und der Unterhaltung der ihr überlassenen

² Im weiteren *Porto di Genova* genannt.

³ Brem. GBL., S. 177.

⁴ I.d.F. v. 1. Juli 1959.

⁵ Der Vertrag selbst ist nicht öffentlich zugänglich und nicht abgedruckt.

Anlagen. Neben Zins- und Tilgungsdienst⁶ sowie der notwendigen Einstellungen in eine sog. Erneuerungsrücklage, die sich aus den Abschreibungswerten definiert⁷, der Verpflichtung zur kompletten Abführung des Betriebsergebnisses, das nach Abzug der in §§ 5-8 erwähnten Leistungen noch verbleibt und als Vergütung für die bevorzugte Benutzung der Kaimauern hat die FBEG gemäß § 8 des Betriebsüberlassungsvertrages darüber hinaus aus den Versteigerungs-, Verkaufs- und Verteilungsentgelten eine Staatsabgabe in Höhe von 2% p. A. des Wertes der versteigerten, verkauften oder verteilten Fische und sonstigen Meeresprodukte sowie der daraus hergestellten Erzeugnisse, mindestens jedoch 700.000,- DM, an Bremen zu überweisen. Hieraus folgt notwendigerweise, daß das Nutzungsentgelt, das die FBEG ihrerseits wiederum von den Benutzern des Fischereihafens erhebt, neben einem Entgelt für in Anspruch genommene Dienstleistung auch einen Zusatzaufwand zur Bedienung der von der FBEG abgeforderten zweiprozentigen Staatsabgabe enthält. Auf die europarechtliche Bedeutung dieser Tarifstruktur, mit der eine dem allgemeinen Staatshaushalt zugute kommenden Abgabe finanziert wird, wird später einzugehen sein. Aus nationalrechtlicher Sicht ergeben sich naturgemäß schwerwiegende Bedenken bezüglich eines Tarifsystems, dessen Mittel - wenn auch nicht vollständig, aber doch zumindest partiell - in steuerähnlicher Weise⁸ dem allgemeinen Haushalt zugute kommen, ohne daß für diese Steuerart möglicherweise eine Gesetzgebungskompetenz des Landes besteht.

Auf der Grundlage der in § 3 des Betriebsüberlassungsvertrages eingeräumten Ermächtigung hat die FBEG Allgemeine Benutzungs- und Geschäftsbedingungen erlassen, die in detaillierter Weise den Marktverkehr im Fischereihafen von Bremerhaven regeln. Danach unterwirft sich der Beteiligte bereits durch einfache Teilnahme am Marktverkehr - also durch faktisches Verhalten - den im Geschäftsverkehr mit der FBEG geltenden Allgemeinen Benutzungs- und Geschäftsbedingungen. Für Hafendienstleistungen wie den Hafenumschlag wird etwa die Erteilung eines Löschauftrages fingiert mit dem Anlegen des Fischereifahrzeuges an die Fischereihafenkaje⁹. Hier stellt sich die Frage, inwieweit eine solche weitgehende Bindungswirkung über allgemeine Geschäftsbedingungen, d.h. in privatrechtlicher Form, überhaupt herbeigeführt werden kann, ohne daß der Beteiligte, also etwa der betroffene Kapitän des Fischereifahrzeuges oder Transportschiffes, vom Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen der FBEG Kenntnis haben muß. Er wird ohne Willenskonsens den Bedingungen der FBEG und vor allem deren Tarifsysteem unterworfen. Inwieweit diese weitgehende Formulierung mit Art. 2 AGB-Gesetz vereinbar ist, wonach die andere Vertragspartei zumindest in zumutbarer Weise, die Möglichkeit haben muß, Kenntnis vom Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen zu nehmen, mag hier dahingestellt bleiben. Erhebliche rechtliche Zweifel sind jedoch angebracht, da der Fischereihafen Bremerhaven nicht nur von immer denselben Fischereifahrzeugen und Schiffen sondern auch von ausländischen Fahrzeugen angelaufen wird, die nicht unbedingt mit dem Inhalt der Allgemeinen Benutzungs- und Geschäftsbedingungen vertraut sein müssen. Durch das Anlegen kommt aber - legt man einmal die Allgemeinen Benutzungs- und Geschäftsbedingungen der FBEG als wirksam zugrunde - ein Löschauftrag zu den Konditionen der FBEG zustande. Nicht geregelt ist in diesem Zusammenhang wie der Eigner des Schiffes sich wieder aus der rechtlichen Bindungswirkung lösen kann, etwa nach den Regeln des Zivilrechts oder durch einfaches Ablegen des Fahrzeuges, also wiederum durch faktisches Verhalten. Diese Überlegung macht die Fragwürdigkeit einer

⁶ § 6 des Vertrages.

⁷ § 7 des Vertrages.

⁸ Zur Problematik von sog. parafiskalischen Abgaben siehe *Nussbaum*, Parafiskalische Abgaben und EG-Wettbewerbsrecht - Zur EG-Rechtsmäßigkeit von über parafiskalische Abgaben finanzierten Werbungs- und Absatzförderungsprogrammen im Bereich der Landwirtschaft und Fischerei -, DVBl. 1994, S. 1174 ff.

⁹ § 6 der AGB.

solchen Regelung deutlich. Fehlt es aber an einer individualrechtlichen Bindungswirkung, so stellt sich die Frage, ob eine Bindungswirkung objektiver Art, d.h. mit Wirkung *erga omnes*, dadurch herbeigeführt werden kann, daß die Allgemeinen Benutzungs- und Geschäftsbedingungen der FBEG seit dem 1. Juli 1959 gelten und damit quasi kraft Gewohnheitsrecht Geltung im Fischereihafen beanspruchen könnten. Dies setzte bekanntlich neben einer ständigen Übung auch die Rechtsüberzeugung der Betroffenen voraus, diese Regelung gegen sich gelten zu lassen¹⁰. Selbst wenn man eine solche Rechtsüberzeugung bei einem bestehenden Kreis von betroffenen Unternehmen unterstellte, so wäre damit die gleiche Bindungswirkung für neue Marktteilnehmer nicht begründbar. Hier zeigt sich denn auch die Problematik einer privatrechtlichen Regelung, die aufgrund ihrer Zielsetzung, Auswirkung und Bedeutung ihrer Natur nach hoheitsrechtlich ist und daher öffentlich-rechtlich zu regeln gewesen wäre. Anscheinend hat die Freie Hansestadt Bremen seinerzeit die scheinbar leichtere und flexiblere zivilrechtliche Regelungsform angestrebt, um den im ansonsten notwendig gewordenen gesetzgeberischen Verfahren einzubeziehenden parlamentarischen Gremien auszuweichen. In den Vordergrund dieser Ausführungen soll freilich nicht die rechtliche Problematik der objektiven Bindungswirkung einer privatrechtlichen Regelung gestellt werden, sondern die wettbewerbsrechtliche Relevanz einer Vertragsgestaltung zwischen zwei Vertragsparteien, die beide dem hoheitlichen Bereich angehören. Vor allem wird im weiteren interessieren, ob sich die im EuGH entwickelten Grundsätze auf die Häfen von Bremerhaven übertragen lassen und welche rechtlichen Konsequenzen hieraus zu ziehen sind.

II. Die wettbewerbsrechtliche Relevanz des Hafenumschlagsmonopols

Artikel 90 EGV fordert mit unmittelbarer Wirkung von den Mitgliedstaaten, daß sie in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikel 7 und 85-94 widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten. Über Artikel 90 EGV werden somit die Wettbewerbsvorschriften des EGV auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ausgedehnt. Private und öffentliche Unternehmen werden über Artikel 90 EGV gleichgestellt. Im Verhältnis zu Art. 5 Abs. 2 EGV ist Art. 90 EGV *lex specialis*¹¹ und präzisiert nur im Bereich des Wettbewerbsrechts die allgemeinen Grundsätze, die die Mitgliedstaaten und diejenigen Unternehmen, die im weitesten Sinne zur öffentlichen Hand in einem privilegierten Verhältnis stehen, verpflichten. Art. 90 EGV bezieht sich auf alle hoheitlichen Eingriffe gegenüber den in dieser Vorschrift genannten sog. öffentlichen- und/oder Unternehmen mit Sonderaufgaben, die ein nach Art. 85 oder Art. 86 EGV verbotenes Verhalten entweder anordnen oder begünstigen oder unvermeidbar machen. Die Vorschrift bezieht sich ferner auf Unternehmen, denen Befugnisse übertragen wurden anstelle der öffentlichen Hand marktregulierend aufzutreten. Die Gleichstellung von öffentlichen und privaten Unternehmen ist letztlich die logische Konsequenz aus der Überlegung, daß sich hoheitliche Eingriffe in Verbindung mit einer der in Artikel 85 oder 86 EGV untersagten Verhaltensweise auf den innergemeinschaftlichen Wettbewerb genauso auswirken wie unmittelbares privatwirtschaftliches, wettbewerbswidriges Verhalten, das nicht auf einem hoheitlichen Eingriff beruht.

Lediglich für Unternehmen mit Sonderaufgaben, d.h. Unternehmen, die im Sinne von Art. 90 Absatz 2 EGV mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Wettbewerbsregeln des Vertrages nur

¹⁰ Siehe *Palandt*, Kommentar zum BGB, 55. Auflage, Kommentierung zu EGBGB 2.

¹¹ *Pernice*, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, München 1995, Art. 90, Rdnr. 4.

eingeschränkt. Es wird deshalb auch zu prüfen sein, wenn es sich bei der Übertragung des Hafenumschlagsmonopols auf eine privatrechtlich verfaßte Unternehmung um einen Verstoß gegen Art. 90 Absatz 1 EGV handelt, der die praktische Wirksamkeit von Art. 85 und 86 EGV ausschaltet oder beeinträchtigt, ob diese Beeinträchtigung nach Art. 90 Absatz 2 EGV gerechtfertigt ist.

1. Artikel 90 Absatz 2 EGV

Im Mittelpunkt der Wettbewerbsregeln des Vertrages stehen Unternehmen. Der Unternehmensbegriff des Wettbewerbsrechts im Kapitel 1 des dritten Teils des Vertrages wird einheitlich aufgefaßt und umfaßt "... jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung"¹². Damit lassen sich sowohl die italienischen Hafenbehörden, Hafenunternehmen und Hafenbetriebsgesellschaft unzweifelhaft dem wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff zuordnen. Entsprechend wurde diese Frage im Urteil des EuGH nicht vertieft und gilt auch unproblematisch für die FBEG, die in der Rechtsform einer GmbH betrieben wird. Öffentlich ist das Unternehmen dann, wenn die öffentliche Hand aufgrund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung, der Satzung oder sonstigen Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann¹³. Auch diese Frage mußte im Ausgangsverfahren nicht weiter vertieft werden, da die italienischen Hafenunternehmen selbst zwar privatwirtschaftlich organisiert sind, sie sich aber vollständig oder mehrheitlich im Besitz der öffentlichen Hand befinden. Gleiches gilt für die FBEG, deren Geschäftsanteile sich ebenfalls mehrheitlich in der Hand der Freien Hansestadt Bremen befinden.

Selbst wenn die Freie Hansestadt Bremen nicht die Mehrheit der Geschäftsanteile an der FBEG hätte, würde die FBEG als Unternehmen mit Sonderrechten im Sinne von Art. 90 Absatz 1 zu qualifizieren sein, da aufgrund des Betriebsüberlassungsvertrages vom 23. April/3. Mai 1971 die FBEG exklusive Sonderkompetenzen in bezug auf den Umschlag, die Versteigerung, Zuteilung oder sonstigen Verkaufsvermittlungen im Fischereihafen und im Handelshafen Bremerhaven auf dem Wasser- oder Landweg angebrachten Fische, sonstige Meeresprodukte und der daraus hergestellten Erzeugnisse eingeräumt wird¹⁴. Durch die Einräumung dieses Monopols wird der Wettbewerb in den Häfen Bremerhaven z.B. durch private Stauereien oder andere Wirtschafts- und Dienstleistungsunternehmen aufgehoben. Entsprechend hat der EuGH in der Entscheidung *Porto di Genova* unmißverständlich klargestellt, daß auch ein Hafenunternehmen mit dem ausschließlichen Recht der Organisation und Durchführung der Hafenarbeiten als ein Unternehmen anzusehen ist, dem ein Mitgliedstaat ausschließliche Rechte im Sinne von Art. 90 Absatz 1 verliehen hat¹⁵. Im Unterschied zu den Hafenunternehmen und Hafenbetriebsgesellschaften in Italien wird aber das Hafenumschlagsmonopol im Land Bremen freilich *nicht* über ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung oder einen sonstigen Hoheitsakt eingeräumt, sondern über einen sog. Betriebsüberlassungsvertrag, der zwischen der Freien Hansestadt Bremen und der FBEG für den Fischereihafen und den Handelshafen Bremerhaven abgeschlossen wurde. Die Frage, ob der Gewährungsakt hoheitlich oder privatrechtlich oder sogar durch faktisches Verhalten erfolgt ist, ist aber meines Erachtens nicht

¹² EuGH Rs. C-41/90 - *Arbeitsvermittlungsmonopol (Klaus Höfner und Fritz Elser gegen Macroton GmbH)* - Slg. 1991, S. I-1979, (2016).

¹³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Transparenzrichtlinie, ABl. Nr. L 195/35 v. 29.07.1980.

¹⁴ § 1 Absatz 1, Ziffer 4.

¹⁵ A.a.O. (Fn. 1), S. 5927.

entscheidungsrelevant¹⁶, da durch Art. 90 Absatz 1 EGV zweite Variante die rechtliche Privilegierung bestimmter Unternehmen und die damit einhergehende Wettbewerbsbeschränkung im europäischen Markt verhindert werden soll. Deshalb ist jedes Verhalten der öffentlichen Hand, das den freien Wettbewerb einschränkt, unabhängig von seiner Rechtsqualität, mit dem EGV nicht vereinbar. Entscheidend ist nicht die Rechtsnatur des Gewährungsaktes, sondern die rechtlichen oder tatsächlichen Auswirkungen auf den innereuropäischen Wettbewerb. Deshalb kommt der Frage, ob der Betriebsüberlassungsvertrag zwischen der Freien Hansestadt Bremen und der FBEG als koordinationsrechtlicher oder subordinationsrechtlicher Vertrag einzuordnen ist, in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu.

2. *Der Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln*

Seit der Verordnung über die Einzelheiten der Anwendung der Art. 85 und 86 EGV auf den Seeverkehr¹⁷ ist klargestellt, daß die Wettbewerbsregeln des Vertrages grundsätzlich auch auf den Seeverkehr Anwendung finden. Unabhängig davon sind Hafenarbeiten, zu denen auch der Umschlag von Seegütern zählt, von der eigentlichen Seebeförderung zu unterscheiden, auf die diese Verordnung allein Anwendung findet.

3. *Der relevante Markt*

Wenn Art. 90 Absatz 1 EGV nach dem bisher ausgeführten, also auf die Gewährung einer Monopolstellung über die Organisation von Hafenarbeiten Anwendung findet, so ergibt sich im weiteren die Problematik, ob die Übertragung dieser Ausschließlichkeitsrechte mit Art. 85 und 86 EGV vereinbar ist. Es bietet sich an, zunächst auf Art. 86 EGV einzugehen, der die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen als EGV-widrig qualifiziert. Damit stellt sich die Frage nach dem sog. "relevanten Markt". Die sachliche, räumliche und zeitliche Abgrenzung des relevanten Marktes ist eines der schwierigsten Themen im Zusammenhang mit der Prüfung von Artikel 86 EGV. Über die Definition des relevanten Marktes wird in der Regel nämlich bereits eine Vorentscheidung über die Bestimmung des Marktanteils als Indikator für die Wettbewerbsintensität getroffen, dem ein Unternehmen ausgesetzt ist, und damit auch über die Marktmacht, die es auf Anbieter oder Nachfrager auszuüben vermag.

Der EuGH ist in dem Urteil *Porto di Genova* insofern der Auffassung des Generalanwaltes gefolgt und hat den relevanten Markt abgegrenzt als "... den Markt der Organisation, der die gewöhnliche Fracht betreffenden Hafenarbeiten im Hafen von Genua für Rechnung Dritter sowie der Durchführung dieser Arbeiten behandelt. Insbesondere angesichts des Umfangs des Frachtverkehrs in dem genannten Hafen und der Bedeutung dieses Verkehrs für die gesamte Ein- und Ausfuhr auf dem Seeweg in dem betreffenden Mitgliedstaat kann dieser Markt als ein wesentlicher Teil des gemeinsamen Marktes angesehen werden"¹⁸.

Der EuGH hat schwerpunktmäßig auf die "gewöhnliche Fracht", d.h. im konkreten Fall auf die in Rede stehende Partie Stahl abgestellt und damit Spezialverkehre bei der Abgrenzung des relevanten Marktes zu Recht außer acht gelassen. Da das gesetzliche Umschlagsmonopol in

¹⁶ A.A. Pernice, a.a.O. (Fn. 11), Rdnr. 29.

¹⁷ VO (EWG) Nr. 4056/86 des Rates v. 22.12.1986, Abl. Nr. L 378/4.

¹⁸ A.a.O. (Fn. 1), S. 5928.

Italien ganz allgemein für Hafenarbeiten für Rechnung Dritter gilt, war eine weitere Differenzierung nach Verkehren wie etwa Frucht, Container oder Bulkladungen nicht erforderlich. Im Land Bremen bezieht sich das Löschmonopol der FBEG anders als in Italien ausschließlich auf die ihm zum Betrieb und zur Verwaltung überlassenen fischwirtschaftlichen Anlagen und die an diesen Anlagen zum Umschlag kommenden fischwirtschaftlichen Erzeugnissen. Dementsprechend ist bei der Abgrenzung des relevanten Marktes, auf den sich das Löschmonopol der FBEG erstreckt, allein auf den Umschlag von fischwirtschaftlichen Erzeugnissen abzustellen und zu prüfen, ob sich angesichts des Umfanges des Fischumschlags in Bremerhaven unter Bedeutung dieses Umschlags für die gesamte Ein- und Ausfuhr auf dem Seeweg in die Bundesrepublik Deutschland ein eigenständiger relevanter Markt im wettbewerbsrechtlichen Sinne etabliert hat.

Bezogen auf den Fischumschlag ist der Fischereihafen Bremerhaven sicherlich der wichtigste Hafen Deutschlands, wenn nicht der Europäischen Union. Im Jahr 1995 wurden in allen drei deutschen Seefischmärkten von Januar bis November 206.223 Tonnen Fisch¹⁹ umgeschlagen. Im Vergleichszeitraum 1994 waren es 232.754 Tonnen Fisch. Der Bremerhavener Markt war an den Gesamtanlandungen mit 173.856 Tonnen (84,3%) beteiligt. Im Vorjahr wurden in Bremerhaven 196.437 Tonnen (84,4%) umgeschlagen. Cuxhaven hatte einen Anteil von 15,1 % (Vorjahr 14,9%). Hamburg hatte keine eigenen Anlandungen zu verzeichnen. Hinzu kommt, daß im Fischereihafen Bremerhaven die bedeutendsten Unternehmen der Tiefkühlkostindustrie Deutschlands und Europas angesiedelt sind, die einen wesentlichen Teil der in die Europäische Union eingeführten Fischrohwaren nachfragen und verarbeiten. Diese Unternehmen sind deshalb darauf angewiesen, aus Kostengesichtspunkten diesen Hafen in Anspruch zu nehmen, um den eingeführten Fisch möglichst dort abzuladen, wo er später auch verarbeitet wird. Ferner sind privat betriebene öffentliche Tiefkühlhausunternehmen im Fischereihafen Bremerhaven aus Wettbewerbsgründen darauf angewiesen, daß der in diesen Tiefkühlhäusern zur Einlagerung kommende Fisch unmittelbar an der Kaje dieser Tiefkühlhäuser umgeladen wird.

Anders als Genua hat natürlich Bremerhaven für Deutschland zwar eine wichtige Bedeutung als Seehafen, aber nicht die zentrale Stellung, die der Hafen von Genua für Italien innehat. Die nationale Konkurrenz von Cuxhaven und Hamburg, beispielsweise aber auch die der nahen niederländischen und belgischen Seehäfen, relativiert naturgemäß die Position der bremischen Häfen nicht nur in bezug auf die Bundesrepublik Deutschland sondern auch auf die Einfuhren in die gesamte Europäische Union. Deshalb könnte man die Auffassung vertreten, daß zur Definition des wettbewerbsrechtlich relevanten Marktes nicht ausschließlich auf die Kompetenz des Hafens von Bremerhaven abgestellt werden darf. Dem steht aber die herausragende Stellung Bremerhavens für das Umschlagsegment "tiefgefrorener Fisch" entgegen, der in Bremerhaven, wie sonst in keinem anderen Hafen Deutschlands und der Europäischen Union, mengen- und wertmäßig umgeschlagen und verarbeitet wird.

Aus dem Umfang der im Fischereihafen Bremerhaven umgeschlagenen Fischrohwaren und der Relevanz des Hafenumschlags für den dort ansässigen wesentlichen Teil der europäischen fischverarbeitenden Tiefkühlindustrie und aus dem Umstand heraus, daß die Benutzer dieses Hafens mit Rücksicht auf dessen Lage und Infrastruktur wirtschaftlich in der Regel keine andere Wahl haben - es sei denn sie sind bereit Kostennachteile in Kauf zu nehmen - als diesen Hafen mit seinen monopolartigen Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, ergibt sich, daß die Organisation von Hafenarbeiten im Fischereihafen Bremerhaven als wesentlicher Teil des

¹⁹ Quelle: Die Bremerhavener Wirtschaft 1995. Beilage zur Nr. 1/1996 von "Wirtschaft an Strom und Meer", IHK Bremerhaven.

gemeinsamen Marktes angesehen werden kann.

4. *Marktbeherrschende Stellung*

Der Begriff der marktbeherrschenden Stellung wird anders als in Artikel 66 § 7 EGKS-Vertrag - wonach ein Unternehmen eine beherrschende Stellung einnimmt, wenn es "einem tatsächlichen Wettbewerb in einem beträchtlichen Teil des Gemeinsamen Marktes entzogen" ist - in Artikel 86 EGV nicht definiert. Der EuGH²⁰ beschreibt die marktbeherrschende Stellung - ähnlich wie die Kommission in ihrer Entscheidungspraxis - als die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, das "... dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, und seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten". Danach sind also zwei Kriterien ausschlaggebend: Zum einen die Möglichkeit zu marktunabhängigem Verhalten, das naturgemäß nur dann gegeben ist, wenn das Unternehmen in seinem relevanten Markt keinem Wettbewerb bzw. keinem nennenswerten Wettbewerb ausgesetzt ist, und zum anderen die Möglichkeit zur Verhinderung eines wirksamen Wettbewerbs, die sich in der Regel in der Marktmacht eines Unternehmens ausdrückt. Diese Marktmacht muß dabei nicht ausschließlich aus Größe, Technologievorsprung und Finanzkraft resultieren, sondern kann auch auf der Einräumung eines gesetzlichen Monopols beruhen.

Entsprechend hat der EuGH in der Rechtssache *ERT*²¹ festgestellt, daß bei einem Unternehmen, dem ein gesetzliches Monopol gewährt wurde, in der Regel davon ausgegangen werden kann, daß es eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 86 EGV innehat. Diese Vermutung ist die logische Konsequenz dessen, daß es im Sinne von Art. 86 EGV nicht entscheidend darauf ankommen kann, worauf die marktbeherrschende Stellung beruht, sondern daß bei einem gesetzlichen Monopolunternehmen in der Regel de facto eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Entsprechend besteht kein Zweifel daran, daß ebenso wie es sich bei den italienischen Hafenunternehmen und Hafenbetriebsgesellschaften um Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung auf dem Markt für Hafenumschlagsarbeiten im Hafen von Genua handelt, auch die in Bremerhaven mit dem exklusiven Recht der Organisation des Hafenumschlages ausgestattete FBEG als Monopolgesellschaft eine marktbeherrschende Stellung innehat. Da der Rechtsgrund, auf dem die marktbeherrschende Stellung beruht, im Zusammenhang mit Art. 86 EGV nicht entscheidend ist, sondern nur die konkreten Auswirkungen auf den relevanten Markt, kommt es bei der rechtlichen Beurteilung auch nicht darauf an, daß anders als in Genua das Hafenumschlagsmonopol nicht auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, sondern auf dem bereits zitierten sogenannten Betriebsüberlassungsvertrag. Dessen Rechtsnatur ist nicht eindeutig. Demnach bestehen keine rechtlichen Bedenken, die FBEG als Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung im Fischereihafen und Handelshafen Bremerhaven einzuordnen.

5. *Der Mißbrauchstatbestand*

Die Frage, die sich an die marktbeherrschende Stellung anschließt, ist, ob diese

²⁰ Verbundene Rs. 40/73 - *Coöperative vereiniging "Suiker Unie" UA und andere gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften* - Slg. 1975, S. 1663, Rdnr. 381/382, siehe auch Koch, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 86 Rdnr. 19.

²¹ Rs. C-260/89, *ERT (Elliniki Radiophonia Tileorassi AE gegen Dimotiki Etairia Pliroforisis und Sotirios Kouvelas)*, Slg. 1991, S. I-2925, Rdnr. 12.

marktbeherrschende Stellung von dem Unternehmen im jeweiligen Markt mißbräuchlich ausgenutzt worden ist²². Der Mißbrauch von Marktmacht kann sich zum einen als Mißbrauch von Macht über Marktpartner aber auch als Mißbrauch von Macht über Wettbewerber darstellen. Die in Art. 86 EGV Absatz 1, Satz 2 in Buchstabe a bis d aufgeführten besonderen Mißbrauchstatbestände betreffen jedoch ausnahmslos den Mißbrauch der Macht über Markt- und damit Handelspartner. Instrumente dazu sind etwa die unmittelbare oder mittelbare Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstige Geschäftsbedingungen, wobei als unangemessen solche Preise und Geschäftsbedingungen anzusehen sind, die für den Marktpartner spürbar ungünstiger sind als diejenigen Preise und Konditionen, die er bei Vorliegen eines normalen und hinreichend wirksamen Wettbewerbs hätte erzielen können. Die komplexe Natur der Hafenumschlags- und Löschtarife macht die Beantwortung der Frage, ob die in Rechnung gestellten Entgelte für die jeweiligen Arbeitsvorgänge angemessen sind, äußerst schwierig. Erschwerend kommt hier hinzu, daß von der FBEG neben der reinen Umschlagstätigkeit noch weitere Hafendienstleistungen erbracht werden. So hat die FBEG gemäß § 1 des Betriebsüberlassungsvertrages den Hafen zu verwalten und zu unterhalten, aber auch die Auktion und den Frischfischumschlag durchzuführen.

Inwieweit die Tarife für den Hafenumschlag ausschließlich die Kosten für diese Dienstleistung abdecken, oder ob mit diesem Entgelt auch andere eventuell defizitäre Dienstleistungsbereiche mitfinanziert werden, läßt sich von außen nicht nachvollziehen. Die FBEG veröffentlicht ihre Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung bzw. ihre Kostenstruktur nicht. Anhaltspunkt für ein unangemessenes Preis- und Tarifsysteem ist allerdings der Umstand, daß in anderen deutschen Seehäfen der Umschlag pro Tonne deutlich billiger ist und daß auch in anderen europäischen Seehäfen Umschlagsleistungen mit niedrigeren Preisen abgerechnet werden. Je undurchsichtiger und komplexer ein Tarifsysteem im Zusammenhang mit einer Monopolstellung aber ist, umso eher spricht meines Erachtens eine rechtliche Vermutung dafür, daß dieses Preis- und Konditionensysteem sich als Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt. Einen deutlichen Anhaltspunkt für die Unangemessenheit des Tarifsystems im Fischereihafen Bremerhaven ist die in § 8 des Betriebsüberlassungsvertrages festgeschriebene Staatsabgabe von mindestens 700.000,- DM, die, sollte sie nicht in Höhe von 2% des Wertes der versteigerten, verkauften oder verteilten Fische und sonstigen Meeresprodukte abgeleitet werden können, aus Einnahmen der FBEG und anderen Dienstleistungsbereichen abzudecken ist. Wird sachfremder Aufwand als Kostenbestandteil für die Berechnung der Lösch- und Umschlagstarife zugrundegelegt, so stellen sich solche Tarife als unangemessen dar. Die Verpflichtung zu einer Staatsabgabe an das Land Bremen führt dazu, daß die FBEG diese Abgabe als Kostenbestandteil bei der Festlegung des Lösch- Umschlagstarifsystems berücksichtigen muß und daß über die Höhe der Entgelte Marktpartner mittelbar einer Abgabenverpflichtung unterworfen werden, die nicht im Zusammenhang mit den von der FBEG erbrachten Dienstleistungen steht. Ließe sich die Staatsabgabe in tatsächlicher Hinsicht als Pachtzahlung für das zur Nutzung überlassene Hafengebäude qualifizieren, so würde das meines Erachtens einer zumindest teilweisen kostenmäßigen Einbeziehung in der Tarifstruktur sicherlich nicht entgegenstehen. Der Wortlaut von § 8 Absatz 1 macht indes deutlich, daß die Staatsabgabe ausschließlich auf das Versteigerungs-, Verkaufs- oder Verteilungsentgelt der versteigerten, verkauften oder verteilten Fische und Meeresfrüchte erhoben werden soll. Umschlags- und Löschleistungen sind ausgenommen. Damit handelt es sich bei der Staatsabgabe offensichtlich nicht um eine pachtartige Gegenleistung, sondern um eine unspezifizierte Zusatzbelastung. Zudem regelt der Vertrag in § 9 das Entgelt für die bevorzugte Nutzung der Kaimauern gesondert und ausdrücklich. Nach dieser Vorschrift hat die FBEG einen bestimmten Betrag des

²² Siehe hierzu *Koch*, a.a.O (Fn. 20), Rdnr. 42 ff.

Betriebsergebnisses neben der Staatsabgabe - sozusagen als die eigentliche Pachtleistung - an das Land Bremen abzuführen. Wird eine solche Belastung außerdem noch über ein tatsächliches Monopol abgesichert, so handelt es sich um den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, da ohne Monopolstellung in einer Situation freien Wettbewerbs solche Preise nicht durchzusetzen wären.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der im konkreten Fall zusätzlich für die Annahme des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung spricht, ist daß den Hafenbenutzern nicht verlangte oder gewünschte Dienstleistungen zwangsweise durch die FBEG auferlegt und berechnet werden. Ein Großteil der Fischereifahrzeuge und Transportschiffe, die den Fischereihafen Bremerhaven anlaufen, verfügen über eigenes Bordgeschirr und sind damit wie die Klägerin im Ausgangsverfahren *Porto di Genova* in der Lage selbst zu löschen oder es besteht die Möglichkeit, auf private Löschgangs zurückzugreifen, so daß der Reeder oder der Abnehmer der zu löschenden Produkte die Dienstleistungen der FBEG möglicherweise nicht in Anspruch nehmen will. Das Aufzwingen von Dienstleistungen, die vom Marktteilnehmer nicht gefordert werden, ist ein weiteres Indiz dafür, daß über die tatsächliche und rechtliche Monopolstellung der FBEG unangemessene Bedingungen in den Bremerhavener Häfen erzwungen werden. Entsprechend hat der Generalanwalt in der Rechtssache *Porto di Genova* in Übereinstimmung mit dem EuGH darauf hingewiesen, daß auch dann von unangemessenen und damit mißbräuchlichen Geschäftsbedingungen die Rede sein kann, wenn eine Hafenbetriebsgesellschaft einem Hafenunternehmen oder Hafenbenutzern nicht verlangte Dienstleistungen in Rechnung stellt²³.

Aus dem Gesagten folgt, daß die Einräumung des Hafenumschlags- und Löschmonopols in den Bremerhavener Häfen zugunsten der FBEG mittels eines Betriebsüberlassungsvertrages durch das Land Bremen im Zusammenhang mit der konkreten Ausgestaltung des Tarifsystems gegen Art. 86 Absatz 2, Buchstabe a EGV verstößt. Dem kann die FBEG auch nicht entgegenhalten, daß die Lösch- und Umschlagstarife im Zusammenhang mit der Einräumung des Lösch- und Umschlagsmonopols durch das Land Bremen hoheitlich festgesetzt wurden. In diesem Fall können zwar, wie der EuGH in der Rechtssache *Bodson*²⁴ festgestellt hat, gegen das betroffene Unternehmen keine der im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Sanktionen verhängt werden, aber die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit als solche bleibt bestehen. Für hoheitlich festgesetzte Tarifstrukturen spricht insbesondere § 3 Absatz 2 des Betriebsüberlassungsvertrages, der ausdrücklich feststellt, daß Bremen auf den Inhalt von Geschäftsbedingungen und Verträgen Einfluß nehmen kann. In dieser Bestimmung des Betriebsüberlassungsvertrages wird ein klarer Landesvorbehalt festgeschrieben, der in diesem wichtigen Punkt die Unselbständigkeit der FBEG dokumentiert. Es handelt sich eben um eine bloße derivative und nicht etwa um eine originäre Verwaltungskompetenz der FBEG. Entsprechend groß ist die Möglichkeit der Einflußnahme des Landes und seiner politischen und administrativen Vertreter. Darüber hinaus kann Bremen von der FBEG die Einführung und Änderung bestimmter Bedingungen und Entgelte nach Art und Höhe verlangen, wenn das Geschäftsergebnis der FBEG die in den Paragraphen 5-9 aufgeführten Verbindlichkeiten - also auch der Staatsabgabe - in Frage stellen würde. Der Betriebsüberlassungsvertrag räumt also der Freien Hansestadt Bremen gemäß § 3 Absatz 2 das uneingeschränkte Recht ein, auf die Tarifstruktur für Hafendienstleistungen direkten Einfluß zu nehmen und sie gegebenenfalls selbst gegenüber der FBEG und damit dem Hafennutzer festzusetzen. Inwieweit von dieser Möglichkeit in der Vergangenheit Gebrauch gemacht worden ist, ist nicht bekannt. In jedem Fall würde es sich um interne Vorgänge der FBEG handeln, die

²³ A.a.O. (Fn. 1), S. 5914.

²⁴ Rs. 30/87 - *Corine Bodson gegen SA Pompes funèbres des régions libérées*, Slg. 1988, S. 2479.

mangels Publizitätspflicht nicht ohne weiteres überprüfbar wären.

6. *Artikel 86 Absatz 2, Buchstabe b EGV*

Nach dieser Vorschrift kann der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auch in der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher bestehen. Hier wäre zu prüfen, ob die FBEG, die als Hafenbetriebsgesellschaft das Monopol für den Hafenumschlag im Fischereihafen und in den Handelshäfen Bremerhavens besitzt, etwa zum Schutz der Arbeitsplätze, ihre Dienstleistungen nicht auf dem Stand der neuesten Technik anbietet. Die Kommission und der Generalanwalt²⁵ sehen zu Recht einen Mißbrauch im Sinne von § 86 Absatz 2, Buchstabe b EGV immer dann, wenn das Monopol einer Hafenbetriebsgesellschaft für die Erbringung von Hafendienstleistungen dazu führt, daß - sei es auch zum Schutz der Arbeitsplätze - der Verzicht auf moderne Technik und Rationalisierungsinvestitionen die Kosten, die dem Hafenunternehmen und über dieses Unternehmen den Hafenbenutzern entstehen, erheblich steigen und etwa lange Wartezeiten bis zur Durchführung der Arbeiten verursacht werden. Anders als Unternehmen, die im freien Wettbewerb durch Rationalisierung und Investitionen in neue, effizientere Anlagen in der Regel alle Möglichkeiten der Kostensenkung in Anspruch nehmen, ist ein Monopolunternehmen dem Markt entzogen und kann deshalb die Kosten, die für nicht leistungsfähige Techniken entstehen, in unserem Fall den im Hafen tätigen Unternehmen und den Benutzern, d.h. den Reedern und letztlich den Endabnehmern auferlegen. Ein wichtiges Kriterium zur Feststellung der Leistungsfähigkeit der FBEG wäre in diesem Fall die Lösch- und Umschlagsgeschwindigkeit. Hier müßte eine Überprüfung auf der Basis von Vergleichswerten aus anderen Seehäfen getroffen werden. Ein abschließendes Urteil ist zur Zeit mangels Datenmaterials nur schwer möglich. Anhaltspunkte deuten aber darauf hin, daß die FBEG mit ihrer derzeitigen Kostenstruktur nicht wirtschaftlich arbeitet und private Anbieter preisgünstiger und zudem leistungsfähiger sind.

7. *Artikel 86 Absatz 2, Buchstabe c EGV*

Nach Artikel 86 Absatz 2, Buchstabe c EGV ist ein Verhalten mißbräuchlich, das in der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern besteht, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu berücksichtigen, daß die FBEG Ausnahmen von der Inanspruchnahme ihres exklusiven Lösch- und Umschlagsanspruches macht und somit unterschiedliche Hafenbenutzer ungleich behandelt. Hierbei handelt es sich zwar nicht direkt um die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen unmittelbar durch die Hafenbetriebsgesellschaft, aber es tritt ein vergleichbarer mittelbarer Effekt ein. Das Fischereifahrzeug, Transportschiff oder derjenige Hafenbenutzer, der die Leistungen der FBEG nicht in Anspruch nehmen muß kann günstiger löschen und umschlagen. Im Vergleich zu seinem Wettbewerber steht er dann privilegiert da. Durch die Einräumung von willkürlichen Ausnahmegenehmigungen kommt es also mittelbar zur Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertiger Lösch- und Umschlagsleistung. Diese Praxis ist meines Erachtens gleichzustellen mit der Fallgestaltung in Genua, wo Art. 86 Absatz 2, Buchstabe c EGV deshalb zur Anwendung kam, weil einigen Hafenbenutzern aufgrund von Verhandlungen und "abweichend von den Tarifen" ein vorteilhafterer Preis berechnet wurde. Die

²⁵ Rs. C-179/90, a.a.O (Fn. 1), S. 5915.

Hafenbetriebsgesellschaft hatte nämlich die zusätzlichen Kosten niedriger angesetzt und diese Mindereinnahme durch die Berechnung höherer Kosten bei anderen Benutzern ausgeglichen. In dieser durch keinen sachlichen Grund gerechtfertigten Ungleichbehandlung sah der EuGH eine Verletzung von Art. 86 Absatz 2, Buchstabe c. Entsprechendes muß dann aber auch gelten, wenn durch eine unbegründete Ausnahmepraxis die vom Lösch- und Umschlagsmonopol befreiten Unternehmen Kostenvorteile und damit Wettbewerbsvorteile erhalten. Diese komparativen Vorteile bestehen in zweifacher Hinsicht. Zum einen kann das Unternehmen billiger selbst löschen und zum anderen werden die Lösch- und Umschlagkosten aufgrund der schlechten Fixkostendegression für seine Mitbewerber tendenziell höher ausfallen.

Nach alledem ist nunmehr zu fragen, ob der Mißbrauch einer markt-beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 86 EGV soweit es die FBEG betrifft, durch die einschlägigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften erzwungen, begünstigt oder unvermeidbar gemacht worden sind. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß im Fischereihafen und Überseehafen Bremerhaven keine Rechtsvorschrift existiert, die der FBEG das Hafen-, Lösch- und Umschlagsmonopol einräumt. Dieses Monopol kommt vielmehr über einen zweiseitigen Betriebsüberlassungsvertrag zustande. Diese Wahl der Rechtsform schließt die Anwendung von Art. 86 EGV nicht aus. Durch die im Betriebsüberlassungsvertrag eingeräumten Befugnisse wird der Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung zwar nicht erzwungen, aber doch begünstigt und ermöglicht. Ohne das Monopol für den Hafenumschlag, wie es der FBEG über den Betriebsüberlassungsvertrag von der Freien Hansestadt Bremen eingeräumt wurde, wäre die FBEG sicherlich nicht in der Lage ihr jetziges Tarifsysteem im Markt durchzusetzen, da Konkurrenzangebote von Privaten mit vergleichbaren Lösch- und Umschlagsleistungen zu kostengünstigeren Konditionen existieren.

Abschließend läßt sich somit feststellen, daß das Umschlags- und Löschmonopol der FBEG in den Bremerhavener Seehäfen gegen Art. 90 Absatz 1 in Verbindung mit Art. 86 EGV verstößt. Artikel 85 EGV, der eine tatsächliche wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder Absprache zwischen zwei Unternehmen voraussetzt, ist hier nicht einschlägig, da der Betriebsüberlassungsvertrag zwischen der FBEG und dem Land Bremen nicht eindeutig als eine solche Abrede qualifiziert werden kann.

8. *Artikel 90, Absatz 2 EGV*

Nach Artikel 90 Absatz 2 EGV gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, die Vorschriften des Vertrages (insbesondere die Wettbewerbsregeln) nur, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Diese bestimmten Unternehmen zugute kommende Ausnahme von der Anwendbarkeit der Vertragsbestimmungen findet keine Anwendung, wenn die Entwicklung des Handelsverkehrs in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Demnach stellt sich die Frage, ob die wettbewerbswidrige Monopolpraxis der FBEG gemäß Art. 90 Absatz 2 EGV gerechtfertigt wird. Der EuGH²⁶ hat dies in der Entscheidung *Porto di Genova* mit der Begründung verneint, daß für den Hafenumschlag kein weitergehendes allgemeines wirtschaftliches Interesse besteht, das sich von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet. Selbst wenn dies der Fall wäre, würde die

²⁶ A.a.O. (Fn. 1), S. 5930 f.

Anwendung der Vorschriften des EGV, insbesondere derjenigen über den Wettbewerb und die Freizügigkeit, die sachgerechte Erfüllung einer solchen Aufgabe - also die Organisation des Hafenumschlages - verhindern können. Entsprechend hat der EuGH sowohl die Hafenbetriebsgesellschaft als auch das Hafenunternehmen nicht als Unternehmen qualifiziert, die mit Dienstleistungen im allgemeinen Wirtschaftsinteresse betraut sind. Dieser Wertung wird man uneingeschränkt folgen können da anders als etwa die Einrichtung oder der Ausbau eines Hafens mit dem damit verbundenen erheblichen Investitionsbedarf, der die Finanzkraft eines einzelnen Unternehmens bei weitem übersteigen würde, die Verrichtung von Hafenarbeiten oder das Erbringen von Hafendienstleistungen eindeutig allgemeine wirtschaftliche Erwerbstätigkeiten sind, die an vielen Stellen auch außerhalb von Häfen erbracht werden. Deshalb handelt es sich dabei nicht um Tätigkeiten, die hafenspezifisch sind und an denen die Allgemeinheit ein besonderes Interesse haben muß und die ihr unmittelbar zugute kommen, wie dies etwa möglicherweise im Bereich der Daseinsvorsorge oder im Bereich des Fernmeldewesens oder im Bereich von Infrastrukturmaßnahmen der Fall ist. Selbst, wenn Hafenarbeiten und Dienstleistungen als Tätigkeiten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu qualifizieren seien, so wäre damit noch nicht bewiesen, daß diese Tätigkeiten wegen eines übergeordneten öffentlichen Interesses den Wettbewerbsvorschriften und sonstigen Bestimmungen des EGV entzogen werden müßten. Ganz im Gegenteil, mit der Unterdrückung eines effektiven Wettbewerbs werden Hafendienstleistungen in der Europäischen Union tendenziell langfristig zu teuer, was EU-Häfen im internationalen Wettbewerb zum Nachteil gereichen wird.

III. Schlußbemerkung

Wenn somit eine Rechtfertigung der monopolartigen Stellung der FBEG über Artikel 90 Absatz 2 EGV nicht in Betracht kommt, verbleibt es bei der rechtlichen Bewertung, daß die derzeitige Lösch- und Umschlagspraxis in den Häfen Bremerhavens als EGV-widrig einzustufen ist. Die Verletzung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des EGV ist offen-sichtlich und damit zu beenden. Es wäre wünschenswert, wenn das Land Bremen aus eigener Einsicht - ohne den Druck eines Verfahrens vor dem EuGH - die notwendigen Schritte zur Aufhebung des Lösch- und Umschlagsmonopols ergreife.

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Porto di Genova* macht jedenfalls erfreulicherweise sehr deutlich klar, daß - bestimmte, wenn auch alt eingebürgerte - Praktiken in den europäischen Seehäfen EGV-widrig sind. Eine Öffnung in diesem Bereich ist wirtschaftlich umso wichtiger-gerade in einem Arbeitsumfeld, das immer noch eher traditionell (in vielen Bereichen sogar noch streng) hoheitlich kooperatistisch organisiert ist - damit die notwendigen Anpassungen hinsichtlich der Flexibilisierung von betrieblichen Arbeitszeiten und die Öffnung gegenüber dem privaten Wettbewerb kurzfristig möglich werden. Dies wird den betroffenen Beteiligten eine zum Teil schmerzhaft Umstellung abverlangen. Letztlich dient es aber der wirtschaftlichen Stärkung der europäischen Seehäfen, die sich im Wettbewerb vorrangig nicht nur untereinander, sondern vor allem auch im globalen Wettbewerb mit den Seehäfen außerhalb der Europäischen Union messen lassen müssen. Nur die Häfen werden im Wettbewerb um die Verteilung des internationalen Frachtaufkommens mithalten können, die durch investive Maßnahmen in effektive Lösch- und Umschlagseinrichtungen und durch das Angebot intelligenter Hafendienstleistungen dem Reeder Zeit- und Kostenvorteile verschaffen. Hier können Monopole dem Fortschritt nur im Wege stehen.